This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 746 838

Ueber

den Begriff des Besitzes

nach römischem Rechte.

Von

Oswald v. Schmidt,

Magister der Rechte.

Dorpat, 1860.

Druck von Schünmanns Wittwe u. C. Matthiesen.

HARVARD
LAW
LIBRARY

Ueber

den Begriff des Besitzes

nach römischem Rechte.

Von

Oswald v. Schmidt,

Magister der Rechte.

Dorpat, 1860.

Druck von Schünmanns Wittwe u. C. Mattiesen.

915

M1

Der Druck wird unter der Bedingung gestattet, daß nach Beendigung desselben der Abgetheilten Censur in Dorpat die vorschriftmäßige Anzahl Exemplare zugestellt werde.

Dorpat, den 25. Mai 1860.

Nr. 64. Abgetheilter Censor de la Croix.

MAY 12 1921

Das Bedürfniß die Lehre des römischen Rechtes vom Besitze, welche dem wissenschaftlichen Verständnisse besonders viele und eigenthümliche Schwierigkeiten darbot, auf ihre einfachen und natürlichen Grundlagen zurückzuführen, machte sich schon früh in der Rechtswissenschaft geltend.

Zur Zeit der vorwiegend exegetischen Methode in der Rechtswissenschaft trat dieses Bedürfniß besonders bei Gelegenheit der Erklärung der in den Quellen des römischen Rechtes erwähnten Unterscheidungen von naturalis und civilis possessio hervor, indem man die diesen Ausdrücken zu Grunde liegenden Begriffe durch verschiedene Combination der Grundelemente des Besitzes aufzufinden suchte. Willkühr in der Construktion der Begriffe und Unbeholfenheit in Behandlung allgemeiner Fragen verhinderte jedoch die Auffindung derjenigen allgemeinen Wahrheiten, aus denen allein die besonderen Gestaltungsformen des Besitzes durch consequente Ableitung hätten gewonnen werden können. [1])

---

1) Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848. S. 104.

Auch die dogmatisirende und systematisirende Methode des 17ten und 18ten Jahrhunderts, die nicht mehr bei der Erklärung des Einzelnen stehen blieb, sondern Fragen allgemeineren Inhaltes, wie: über die systematische Stellung des Besitzes, über den Grund des Interdiktenschutzes u. s. w. anregte und erörterte, war nicht im Stande ein günstigeres Resultat in dieser Beziehung zu Tage zu fördern.[2])

Ein bis dahin ungeahntes Licht über unseren Gegenstand verbreitete die zu Anfange dieses Jahrhunderts erschienene Monographie Savigny's über das Recht des Besitzes[3]). Sie enthielt „den ersten bedeutenden Versuch die ganze Besitzlehre zunächst in ihrer inneren, natürlichen Begründung und Entwickelung und dann ihrer Gestaltung im positiven römischen Rechte darzustellen"[4]). Ueberall war Savigny's Bestreben darauf gerichtet, die in fragmentarischer Form vorliegenden Aussprüche der römischen Quellen als consequenten Ausdruck einer Grundanschauung nachzuweisen, so daß die römische Besitzlehre nicht mehr als eine zusammenhangloſe Masse von positiven Bestimmungen, voll willkührlicher „Häckeleien und wirklicher Widersprüche"[5]), an deren Lösung man verzweifeln müsse, sondern als ein lebendiger Organismus

---

2) Bruns, S. 385.

3) Savigny, das Recht des Besitzes. Giessen 1803.

4) Bruns, S. 411.

5) Sibeth, Erörterungen aus der Lehre vom Besitz. Rostock 1800. S. 61.

erſchien. Sie galt von nun an für eine hochſtehende Kunſtſchöpfung des römiſchen Geiſtes[6]) und Savigny als der Meiſter, in dem nicht nur die geprieſene Kunſt der römiſchen Juriſten, an dem Einzelnen das Allgemeine zur Anſchauung zu bringen, wieder aufgelebt war, ſondern der auch den ſyſtematiſchen Anforderungen der Gegenwart Rechnung zu tragen wiſſe. Die hohe Anerkennung, die Savigny's Werk, in welchem die jetzt herrſchende Methode ihren äußeren Ausgangspunkt und ihr vielbewundertes Muſter erkennt[7]), von allen Seiten ſich errungen hat, verhinderte jedoch nicht, daß ſeine Anſichten über den Beſitz erneuerter Prüfung unterzogen wurden. Bald bildete die Lehre vom Beſitze den Gegenſtand der lebhafteſten Discuſſion unter den Anhängern der hiſtoriſchen und philoſophiſchen Rechtsſchule und es ſtellte ſich heraus, daß durch Savigny's Arbeit wenigſtens in keiner der Hauptfragen ein vollkommener Abſchluß herbeigeführt worden ſei. Der erſte Angriff gegen die von ihm verſuchte Begründung des Beſitzbegriffes, wenigſtens der erſte von nachhaltiger Bedeutung, erfolgte durch Gans, der mit der Behauptung hervortrat, daß in Savigny's Werke „gerade der Begriff des Beſitzes und was daſſelbige iſt, ſeine Stelle im Syſtem, am wenigſten befriedigend

---

6) Roßhirt, im Archiv für civiliſtiſche Praxis. Bd. 8. S. 1.

7) Leiſt, über dogmatiſche Analyſe Römiſcher Rechtsinſtitute. Jena 1854. S. 3.

ausgefallen sei“[8]), und deshalb der von ihm einer scharfen Kritik unterworfenen Savigny'schen Theorie eine neue entgegenstellte. Zwar suchte Savigny in der letzten Auflage seines Buches den principiellen Gegensatz der Ansichten zu läugnen, Gans aber machte diesen in einer Duplik mit aller Schärfe wieder geltend und behauptete daß die Savigny'sche Abhandlung nur dafür gelten könne, auch ohne ihre Grundlage vortrefflich zu sein[9]). In mehr oder weniger unmittelbarer Beziehung zu diesem Streite traten mehrere Schriftsteller mit selbstständigen Ansichten über die Grundlage des römischen Besitzrechtes hervor[10]), von denen jedoch nur Puchta[11]) und in neuester Zeit Bruns[12]), deren Ansichten wesentlich als Vermittelungs-

---

8) Gans, System des römischen Civilrechts im Grundrisse. Berlin, 1827. S. 202.

9) Gans, über die Grundlage des Besitzes. Eine Duplik. Berlin 1839, S. 9. Fortgeführt wurde der Streit von Schaaf: Gans Kritik gegen Herrn von Savigny. Berlin 1839; Köppe, zur Lehre vom Besitz. Berlin 1839, und in der Schrift: Darstellung der Lehre vom Besitz, von einem preußischen Juristen. Berlin 1840.

10) Rudorff, Rechtsgrund der possessorischen Interdikte, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 7. 1830. Thaden, über den Begriff des röm. Interdiktenbesitzes. Hamburg 1833. Hasse (der jüngere) über das Wesen der actio, im Rhein. Museum. Bd. 6. 1833. Huschke, über die Stellen des Varro von den Liciniern ꝛc. Heidelberg 1835.

11) Puchta, zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz? im Rhein. Museum. Bd. 3. 1829.

12) Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.

verſuche zwiſchen Savigny und Gans erſcheinen[13]), eine weitere Anerkennung gefunden haben. In den Lehrbüchern über römiſches Recht begegnen wir hauptſächlich den Anſichten von Savigny und Puchta, zuweilen mit ſelbſtſtändigen Modificationen[14]), zum Theil wird aber auch noch die ältere Anſicht vertreten, nach welcher das Recht des Beſitzes ſeine Begründung in äußeren Billigkeits- und Zweckmäßigkeits-Rückſichten finden ſoll, wodurch es aber zu einem poſitiven Rechtsinſtitut erſtarrt, das keine innere Nothwendigkeit an ſich hat[15]).

Faſſen wir nunmehr die beſondere Schwierigkeit in's Auge, welche der Beſitz, im Vergleiche zu anderen Rechtsinſtituten, der wiſſenſchaftlichen Erkenntniß darbietet, ſo ergiebt ſich bald, daß ſie aus dem eigenthümlichen Verhältniſſe des Faktiſchen zum Rechtlichen im Beſitze, das, wie in neuerer Zeit ſogar behauptet worden, in keine Formel zu faſſen ſei[16]), hervorgeht. Der Beſitz näm-

---

13) Daher iſt es erklärlich, daß Savigny die Puchtaſche Anſicht als nicht weſentlich verſchieden von der ſeinigen bezeichnet, Rudorff (und ſpäter auch Bruns) dieſelbe aber mit der Gansſchen zuſammenſtellt, wogegen freilich Puchta remonſtrirt hat. Civiliſtiſche Schriften. S. 265, Anm. a.

14) Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts. Altona 1839. Böcking, Einleitung in die Pandekten. Bonn 1853.

15) Mühlenbruch, Pand. § 229 u. 7. Haſſe, Rhein. Muſeum. Bd. 6. S. 189 fg. Thaden, Unterſ. über d. röm. Interdiktenbeſ. S. 63 fg. Burchardi, Lehrb. d. röm. Rechts. Bd. 2. § 151. Sintenis Civilr. Bd. 1, § 42. Brinz, Pand. § 29. Müller, Inſtit. § 72.

16) Brinz, Pand. § 29.

lich behält in der Gestalt, wie er sich im römischen Rechte ausgebildet hat, einmal unverkennbar das Gepräge eines blos natürlichen Verhältnisses bei, indem der Erwerb desselben von Bedingungen, die nur im Belieben des Einzelnen ihren Grund haben, nämlich von dem auf die Herrschaft über eine Sache gerichteten Willen (animus) in Verbindung mit einem äußeren Gewaltverhältnisse über dieselbe (corpus) abhängig gemacht wird:

Paulus libro IV ad Edictum. Et adipiscimur possessionem corpore et animo. l. 3 § 1. D. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2.

Modestinus libro XIV ad Quintum Mucium. Quod naturaliter acquiritur sicuti est possessio. l. 53. D. de acq. rer. dom. 41, 1.

Das Vorhandensein eines rechtlichen Grundes bleibt außer Ansatz:

Idem. In Summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. l. 3. § 5. D. 41, 2.

und kann daher der Besitz z. B. vom Diebe oder Räuber erlangt werden:

Ulpianus libro XV ad Edictum. Pro possessore vero possidet praedo. l. 11 § 1. D. de hered. pet. 5, 3.

Ferner behindert natürliche Willensunfähigkeit die Möglichkeit eines Besitzerwerbes:

Paulus libro LIV ad Edictum. Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non possunt incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent,

licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat; sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt, eam enim rem facti, non juris esse. Quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sit, ut intellectum capiat.

Municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt. l. 1 § 3. l. 22. D. 41, 2.

Dagegen vermag er im Widerſpruche mit den Geſetzen erworben zu werden:

Idem. Si vir uxori cedat possessionem donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest l. 1 § 4. D. 41, 2.

kann durch das Geſetz Niemandem zugetheilt werden:

Papinianus libro III Quaestionum. Denique si emtor prius, quam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non consistit, possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio. l. 19 D. ex quib. caus. maj. 4, 6. cfr. l. 23 § 1 D. 41, 2.

und endlich giebt es keine Nachfolge im fremden Beſitz, ſondern man muß ihn ſelbſt ergreifen:

Javolenus libro I Epistolarum. Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad

nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. l. 23 pr. D. 41, 2.

Andrerseits trägt der Besitz ebensosehr den Charakter eines Rechtes an sich, indem sein Erwerb auf rechts- und vermögensfähige Individuen beschränkt ist:

Papinianus libro II Definitionum. Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere, possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis sed et juris est. l. 49 § 1. D. 41, 2.

sowie auf Sachen, die sich in commercio befinden:

Paulus libro XV ad Sabinum. Namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, —— sicut nec hominem liberum. l. 30 § 1. D. 41, 2.

und endlich, indem der Besitz durch ihrer Form und Wirkung nach eigenthümliche, also nicht etwa durch die gegen Gewalt überhaupt geltenden Rechtsmittel, unter gewissen Bedingungen geschützt wird:

Ulpianus libro LXIX ad Edictum. Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur. l. 1 § 3. D. de vi 43, 16.

Beim Besitze also fallen, im Unterschiede von anderen Rechtsverhältnissen, der faktische und der rechtliche Bestandtheil auseinander, ersterer ist nicht vollständig in den letzteren aufgehoben. Diesen Dualismus im Besitze, in dem das Faktische in der Selbstständigkeit gegen das

Rechtliche verharrt, heben die Quellen des römischen Rechtes mit Bestimmtheit hervor, denn einerseits sagen sie:

Papinianus libro III Quaestionum. Possessio autem plurimum facti habet. l. 19. D. ex quib. caus. maj. 4, 6.

Paulus libro LIV ad Edictum. Eam enim rem facti non juris esse. l. 1 § 3. D. 41, 2.

Andererseits aber heißt es auch:

Paulus libro LXV ad Edictum. Qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. l. 2. D. uti possidetis 43, 17.

Papinianus libro II Definitionum. Plurimum ex jure possessio mutuatur. Possessio non tantum corporis, sed et juris est. l. 49 pr. § 1. D. 41, 2.

Ja es ist mehrfach von einem jus possessionis die Rede:

Papinianus libro XXIII Quaestionum. Jus possessionis ei, qui condidisset (thesaurum) non videri peremtum. l. 44. D. 41, 2.

Ulpianus libro LXVIII ad Edictum. Habere eum dicimus, qui utitur et jure possessionis fruitur. l. 2 § 38 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

Marcianus libro XIV Institutionum. Et decrevit, ut prius de vi quaeratur, quam de jure dominii sive possessionis. l. 5 § 1. D. ad leg. Jul. de vi publ. 48, 6.

Imp. Alexand. A. Sabino. Quae (ancilla) si affirmationem suam non impleat, inconcussum possessionis jus obtinebis. c. 5. C. de lib. causa 7, 16.

Endlich werden hinsichtlich des Besitzes beide genannten Momente als selbstständige Bestandtheile desselben ausdrücklich hervorgehoben:

Imp. Constantinus A. ad Maternum: Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam quae jure consistit, aliam quae corpore. c. 10 C. de acquir. et ret. poss. 7, 32.

Aus diesen Aussprüchen der Quellen über die Natur des Besitzes geht so viel mit Gewißheit hervor, daß die Römer in dem Besitz nicht ein absolutes Recht, und ebensowenig ein reines Faktum gesehen, sondern daß sie vielmehr in demselben Recht und Faktum in einem gewissen selbstständigen Verhältnisse zu einander stehend sich gedacht haben, ohne jedoch die Grenzen beider zu bestimmen.

Das von der Wissenschaft zu lösende Problem in Bezug auf die Erkenntniß der Natur des Besitzes besteht demnach darin, die Bedingungen für das eigenthümliche Verhältniß des Faktischen und Rechtlichen im Besitze zu ermitteln. Dieses Problem hat man nun zunächst in der Weise zu lösen versucht, daß man von der Ansicht ausging: es sei die Thatsache des Besitzes aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit, weil ihr die Präsumtion eines Rechts zustehe, oder aber nach dem Principe der Prävention, durch das positive Recht zu einem, wenn

gleich beschränkten, Rechte erhoben worden[17]). Da jedoch bei dieser Ansicht die rechtliche Bedeutung des Besitzes nicht mit innerer Nothwendigkeit abgeleitet, sondern ihm nur äußerlich zugetheilt wird, so kann diese auch nicht an und für sich bestimmt, sondern nur als etwas historisch Gegebenes nachgewiesen werden[18]), daher vermögen die Anhänger dieser Ansicht die Natur des Besitzrechts auch nicht an sich, sondern nur im Vergleich mit anderen Rechten anzugeben[19]). So ist das Besitzrecht z. B. nach Mühlenbruch ein unmittelbares Sachenrecht, das jedoch kein dingliches Recht[20]), sondern gewissermaßen nur das faktische Abbild des dominium sei[21]), nach Sintenis das niedrigste unter den Rechten, welche sich auf Sachen beziehen[22]), nach Burchardi drückt der Begriff des Besitzes ein Rechtsverhältniß aus, welches einen Complex

---

17) Vergl. die S. 7. Anm. 15. Genannten.

18) Den historischen Proceß der Entwickelung des Besitzes zum Recht sucht nachzuweisen Huschke, über die Stelle des Varro von den Liciniern ꝛc. S. 104 u. 105. „Allein soweit diese Annäherung auch getrieben werden mochte, immer blieb doch die Grundlage eine entgegengesetzte und so wenig die Regel jemals auch durch noch so viele Ausnahmen vernichtet, so wenig der auch noch so sehr vom Geist durchdrungene Leib, Geist, das assimilirteste Vieleck selbst Kreis werden kann, ebenso wenig konnte der Ausdruck possessio mea ex jure Quiritium jemals zur Geltung kommen."

19) In diesem Sinne ist es wohl zu verstehen, wenn Brinz Pand. § 29 sagt: das Wesen des Besitzes läßt sich beschreiben, nicht definiren.

20) Mühlenbruch, Pand. § 229. Vergl. dageg. Böcking, Pand. § 133. Anm. 3.

21) Mühlenbruch, Cession. S. 5.

22) Sintenis, Civilr. § 42.

von Rechten und Verbindlichkeiten einschließt[23]). Wir gehen nicht genauer auf diese Ansicht ein, da sie die rechtliche Bedeutung des Besitzes nicht aus dessen Natur und Wesen entwickelt, vielmehr sogar die Möglichkeit einer derartigen Entwickelung läugnet.

Der Versuch die Bedeutung des Besitzes, wie er in den Quellen des römischen Rechtes seinen Ausdruck gefunden, aus der Natur desselben abzuleiten, ist nach dem Vorgange von Savigny wiederholt gemacht worden und wir gehen daher auf ihn und die bedeutensten seiner Nachfolger in dieser Richtung über. Diese Richtung läßt sich nun im Allgemeinen dahin charakterisiren, daß man von den beiden Elementen für die thatsächliche Entstehung des Besitzes, dem animus und corpus, denjenigen Faktor hervorhob, welcher sowohl für die Entstehung des Besitzes, als seine Bedeutung im Recht, bestimmend sein sollte. Je nachdem diesem Faktor, welchem Gans die Bezeichnung Grundlage des Besitzes gab, an sich die Bedeutung eines Faktums oder eines Rechtes zugesprochen wurde, legte man dem Besitze die gleiche Bedeutung bei, indem man dabei das entgegengesetzte Moment nach Möglichkeit aus dem Wesen des Besitzes auszuscheiden suchte.

Savigny geht von der unmittelbar sinnlichen Gewißheit aus: nach ihm ist das dem Besitze zu Grunde liegende Allgemeine derjenige Zustand, in welchem nicht

---

23) Burchardi röm. Recht. § 151.

nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich, sondern jede fremde Einwirkung verhindert werden kann[24], also ein physischer oder faktischer Zustand, welcher die Momente eines jeden dinglichen Rechtes, nämlich die Möglichkeit einer positiven Beziehung zum Gegenstande und einer negativen gegen jede fremde Einwirkung unmittelbar an sich hat. So oft nun auch dieser Satz wiederholt worden, so ist er dennoch an sich unrichtig und in keiner Weise geeignet den Besitz zu begründen. Ein solcher physischer Zustand nämlich, der durch sich selbst die Möglichkeit gewährt, jede fremde Einwirkung zu verhindern, ist in menschlichen Verhältnissen schlechthin undenkbar. Gäbe es aber in der That einen solchen Zustand, so würde dieser keineswegs den Besitz begründen, sondern vielmehr allen Besitz unmöglich machen, denn es wäre fortan jede gewaltsame Verletzung und Aufhebung der thatsächlichen Beziehungen des Menschen zur Sache unmöglich und nur die rechtliche Ordnung könnte noch zur Sprache kommen. Es kann daher in den faktischen Beziehungen des Menschen zur Sache, die Möglichkeit Andere davon auszuschließen, nur in die Absicht, in den Willen verlegt werden, dem aber das Können nicht immer vollkommen entspricht. Somit weist der bezeichnete Zustand auf den Willen, als seinen tieferen Grund zurück, von dem er nur die mangelhafte Erscheinung bil-

---

24) Savigny, Recht des Besitzes. 6te Auflage. Gießen 1837. S. 2.

det. Wie wenig aber ein „physischer Zustand“[25]) überhaupt die ausschließliche Voraussetzung oder Grundlage des Besitzes bildet, geht schon daraus hervor, daß ohne die gegenwärtige Möglichkeit der Einwirkung Besitz z. B. beim constitutum possessorium erworben und ebenso ohne eine solche fortgesetzt werden kann, was die Römer solo animo possidere nennen:

> ***Paulus libro LII ad Edictum:*** Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus. l. 3 § 11. D. 41, 2.

In diesen Fällen von Ausnahmen von der Regel[26]) sprechen, heißt Nichts anderes, als den einmal angenommenen Grund oder das Wesen einer Sache wieder aufgeben; denn der objektive Grund einer Sache und eine vom Verstande in Beziehung auf eine gewisse Mehrzahl von Fällen abstrahirte Regel, die allerdings Ausnahmen erleiden kann, sind wesentlich Verschiedenes. Ferner ergiebt sich, daß das angebliche Wesen oder der Grund des Besitzes vorhanden sein kann und daß dennoch kein Besitz entsteht, wie z. B. wenn dem Subjekte des Verhältnisses die Willensfähigkeit natürlich oder rechtlich abgeht, (vgl. die citirte l. 1 § 3 D. 41, 2 und l. 49 § 1 D. eod.), der Gegenstand der Herrschaft des Privatwillens entzogen ist (vgl. l. 30 § 1 D. eod. cit.), oder

---

25) Savigny. S. 112.
26) Savigny. S. 27.

wenn der bezeichnete Zuſtand nicht Folge des darauf gerichteten Willens iſt.

Paulus libro I Institutionum. Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit. l. 41. D. 41, 2.

Wir bewegen uns demnach in dem Widerſpruche, daß wir einmal Beſitz als begründet annehmen müſſen, obgleich demſelben der Grund des Beſitzes fehlt und andererſeits, daß wir Beſitz läugnen müſſen, obgleich er ſeinem Weſen nach begründet iſt. Aus dieſem Widerſpruche treten wir nur hervor, wenn wir in Bezug auf die Begründung des Beſitzes von der Erſcheinung nicht ohne das Weſen, vom corpus nicht ohne animus ausgehen.

Sehen wir nun zu wie Savigny aus der von ihm angegebenen allgemeinen Grundlage, die er Detention nennt, den Beſitz ableitet. Erſtere, die Detention, ſei durchaus kein juriſtiſcher Begriff, liege aber allem Begriff des Beſitzes zu Grunde [27]), indem das röm. Recht die Detention unter gewiſſen Modificationen [28]), wohin namentlich gehöre, daß ſie abſichtlich d. h. eine durch den Willen vermittelte ſein müſſe [29]), zur Bedin-

---

27) Savigny. S. 3.

28) Savigny. S. 111.

29) Der Wille, animus, bildet alſo nach Savigny nicht in Folge

gung selbstständiger Rechte, nämlich der Usucapion und der Interdikte erhebe. Indem aber alle Rechtsvorschriften, welche den Besitz als etwas juristisches beträfen, ihn nur als Bedingung von Rechten behandelten [30]), erhöben sie ihn dadurch noch keineswegs zu einem Rechte, sondern derselbe bleibe, wie die Detention, etwas Faktisches und nur der Anspruch auf die rechtlichen Wirkungen sei es, was die Römer mit dem Ausdruck jus possessionis (das Recht aus dem Besitz) bezeichneten [31]). Eine solche Begriffsbestimmung des jus possessionis ist aber nach unserer Ansicht nur unter der Voraussetzung möglich, daß Usucapion und Interdikte in der That unmittelbare Folgen oder Wirkungen des Besitzes selbst sind, da nur in diesem Falle der Besitz selbst einen Anspruch auf selbige geben kann und ferner, daß der Besitz, trotz des ihm im

---

der Natur des Verhältnisses selbst, sondern in Folge positiver Gesetzesvorschrift ein Element des Besitzes.

30) „Ausnahmsweise" soll es freilich auch Fälle geben, in denen der Besitz an sich, ohne daß er Rechtsfolgen hat, juristische Bestimmungen erhält. Sav. S. 27.

31) Savigny, S. 24 und 25. Von dem jus possessionis unterscheidet Savigny das jus possidendi als die nur dem Eigenthümer zustehende Befugniß zu besitzen, d. h. sein Eigenthumsrecht auszuüben. Diese Annahme ist jedoch durchaus willkürlich, denn das Recht zu besitzen hat nicht nur der Eigenthümer, sondern jeder, der als Person anerkannt ist. Ebenso ist der Besitz vielmehr Voraussetzung für die Ausübung von Rechten, als die Ausübung selbst (vergl. Bruns S. 474), jedenfalls aber, wenn man ihn auch als solche gelten lassen will, nicht blos Ausübung des Eigenthums, sondern ebensosehr auch anderer Rechte (vergl. Pfeiffer: Was ist und gilt im röm. Rechte der Besitz. Tübingen 1840. S. 64).

Rechte zuerkannten Schutzes, nicht als Recht aufgefaßt zu werden braucht. Gegen die erste Voraussetzung nun ist mit Recht geltend gemacht worden, daß für den Eintritt der Usucapion bona fides, justus titulus und Zeitablauf ebenso nöthig sind, wie der Besitz [32]) und daß die Interdikte, um überhaupt beansprucht werden zu können, eines vermittelnden Faktums, welches eine Störung oder Aufhebung des Besitzes enthält, bedürfen. Was dagegen die zweite Voraussetzung betrifft, so sucht Savigny deren Wahrheit folgendergestalt zu erweisen: „der Besitz ist an sich kein Rechtsverhältniß, daher ist auch die Störung desselben keine Rechtsverletzung. Wenn aber die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdikt aufgehoben werden soll [33]). Abgesehen von der von Savigny dabei gemachten Voraussetzung, daß alle Besitzstörung auf den Begriff der Gewalt zurückzuführen sei [34]),

32) Wollte man aber das jus possessionis auf den Rechtsanspruch beziehen, den der Besitz im Verein mit justus titulus und bona fides gewährt, so müßte man ebenso von einem jus justi tituli und bonae fidei sprechen können.

33) Savigny. S. 8.

34) Den besten Gegenbeweis gegen diese Annahme liefert Savigny selbst durch die weite Ausdehnung, die er diesem Begriff geben muß, um ihn für seine Zwecke verwenden zu können. Gewalt soll schon vorhanden sein, wenn nur unser freier Gebrauch der Sache beschränkt wird, mag solches auch nur durch die Sache des Nachbars geschehen, z. B. durch eine überhängende Mauer. Savigny, S. 477, vergl. dagegen Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer. Leipzig 1853. S. 189.

kann es niemals zugegeben werden, daß der Gewalt an sich und abgesehen von einem gegenüberstehenden Recht die Eigenschaft des Unrechts zukommen könne[35]), denn Recht und Unrecht sind correlate Begriffe. Die Gewalt an sich ist ein natürlicher Act, der das Unrecht keineswegs an sich trägt, sondern erst zu einem solchen wird, wo er die Negation eines gegenüberstehenden Rechts enthält. Rein faktische Zustände können daher durch Gewalt zwar verändert werden, es geschieht aber kein Unrecht damit, weil Niemand ein Recht auf Erhaltung derselben hat. In der letzten Auflage seiner Schrift giebt Savigny noch eine etwas veränderte Begründung des Besitzschutzes[36]): durch die gewaltsame Verletzung faktischer Zustände einer Person werde diese letztere immer mit berührt und ihre Unverletzlichkeit sei es, durch welche deren faktische Zustände mit gedeckt würden. Daß nun die Unverletzlichkeit der Person rechtlich anerkannt und letztere im Falle einer dennoch stattfindenden Verletzung durch besondere Rechtsmittel, namentlich die injuriarum actio geschützt sei und einen Anspruch auf Genugthuung habe, unterliegt keinem Zweifel; daß man aber bei einem Eingriffe in ihre faktischen Zustände von der darin liegenden Verletzung der Persönlichkeit und den zur Herbeiführung der Genugthuung für selbige eingeführten Rechtsmitteln

35) Gans, über die Grundlage des Besitzes. Berlin 1839. S. 9 fg. Bruns. S. 488. Thaden. S. 12. Göschel, zerstreute Blätter. Erfurt 1832. Bd. 1. S. 364.

36) Savigny, S. 40.

abſehen und nur auf Wiederherſtellung ihrer faktiſchen Zuſtände, auf die ſie ſelbſt kein Recht hat, durch beſonders dafür eingeführte Rechtsmittel, die Interdikte, dringen könne, dafür iſt in dem Obigen ebenſo wenig ein Grund angegeben, als ein Nachweis darüber enthalten, warum dieſe beſonderen Rechtsmittel, die Interdikte, nur dem Beſitzer zu Gute kommen ſollen und nicht auch ſchon dem Detentor, der den Vortheil hat, „von Hauſe aus noch faktiſcher zu ſein, als der Beſitzer“ [37]).

Der Verſuch, Recht und Faktum im Beſitze ſo zu vertheilen, daß als erſteres die Folgen, als letzteres der Grund derſelben gelten ſolle, muß daher als mißlungen aufgegeben werden. Einer ſolchen Vorſtellung widerſtreiten überdies die von uns oben Seite 8 fg. angeführten Ausſprüche der röm. Quellen über die Natur des Beſitzes, indem ſie keinerlei Andeutung einer ſolchen Vertheilung des Gegenſatzes von Faktum und Recht enthalten, vielmehr denſelben als einen im Weſen des Beſitzes ſelbſt begründeten angeben [38]).

Was iſt nun aber nach Savigny's Darſtellung der Beſitz ſelbſt, abgeſehen von der beſonderen Eigenſchaft ſeines Grundes und ſeiner Folgen? Savigny giebt hierauf die Antwort: derſelbe ſei Faktum und Recht zugleich [39]). Nun aber haben die Begriffe Faktum und Recht ihre Bedeutung nur in ihrer Entgegenſetzung; ein

37) Gans, Grundlage. S. 20 fg. Bruns. S. 488 und 489.
38) Kierulff. S. 344 und 345. Anm.
39) Savigny. S. 20.

Recht kann nicht zugleich ein Faktum oder Nichtrecht und letzteres nicht zugleich ein Recht sein. Seit der 5ten Auflage von Savignys Monographie ist dieser Satz Gegenstand vielfacher Besprechung, namentlich seitens seiner nächsten Anhänger geworden: Rudorff[40]) zählt Savigny zu denjenigen Juristen, welche den Besitz für ein Faktum halten; unter dem Ausdrucke „Recht des Besitzes" verstehe er überall blos die Interdikte. Puchta[41]) dagegen erklärt: „wie Rudorff dies verantworten könne, möge er selbst zusehen." Wenn Savigny in seinem Werke die Frage zur Beantwortung aufwerfe, zu welcher Classe von Rechten der Besitz gehöre, so müsse zugegeben werden, daß er in dieser Fragestellung den Besitz für ein Recht gehalten habe. Hasse[42]), der jüngere, sagt: es sei ein Unding, daß dasselbe Recht und Nichtrecht (Faktum) zugleich sei und wenn Savigny den Besitz so bezeichne, so habe das den Sinn, daß durch jede Besitzergreifung neben dem Besitze ein mit diesem verbundenes relatives Recht entstehe. In der letzten Auflage seines Werkes stimmt Savigny keiner dieser Erklärungen bei, son-

---

40) Rechtsgrund der possessorischen Interdikte in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 7. 1830. S. 104.

41) Ueber die Existenz des Besitzrechtes. Kleine civilistische Schriften. Leipzig 1851. S. 260 u. d. Abhandlung: zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz? im Rhein. Museum. Bd. 3. 1829. S. 00.

42) Ueber d. Wesen d. Actio. Rhein. Museum. Bd. 6. 1833. S. 190. In Bezug auf d. Hasse'sche Ansicht vom Besitz, vergl. Savigny. S. 54 fg. und Gans, Grundlage. S. 41 fg.

dern behauptet wiederum: „der Besitz ist Faktum und Recht zugleich.“

Im Gegensatze zu Savigny erblickt Gans in dem anderen Elemente des Besitzes, dem Willen, die allgemeine Grundlage, wie überhaupt jedes Rechtes, so auch des Besitzes, sowohl hinsichtlich seiner Entstehung als seiner rechtlichen Bedeutung. Aus der Natur des Willens selbst sucht nun Gans sowohl die rechtliche Natur des Besitzes, als auch seine Besonderheit, im Vergleich zu anderen Rechten nachzuweisen, ohne zugleich auf seine eigenthümlich faktische Bedeutung einzugehen[43]). Der Wille

---

43) Gans, System des röm. Civilrechtes, S. 203 fg. „Gegen die Entgegensetzung eines Natürlichen und Rechtlichen, eines Faktischen und Juristischen im Rechte scheint sich schon sogleich die völlige Unangemessenheit der Unterscheidung zu erheben. Denn man kann überhaupt erwidern, daß im Rechte lauter Faktisches zu Grunde läge, indem alle Rechtsverhältnisse auf Thatsachen beruhten, dann aber wieder gar nichts Faktisches vorhanden sei, indem jedes Faktum, das im Recht vorkäme, auch ein Recht sei.“ Mit Recht macht Stahl, Philosophie des Rechts, Heidelberg 1854. Bd. 2. S. 403 dagegen geltend: „Das ist eine offenbare Verwechselung des Faktums als transitorische und als immanente Ursache des Rechts. Jedes Recht fordert ein Faktum für seine Entstehung z. B. das Eigenthum die Tradition, Usukapion u. s. w., aber ist dies einmal eingetreten, dann dauert das Recht in ihm selbst fort, auch wenn das Faktum wieder aufhört. Dagegen der Besitz fordert das Faktum auch für seine Fortdauer; so wie das Faktum aufhört, hört auch der Schutz auf.“ Daß die Quellen des röm. Rechts diese Auffassung theilen, geht aus denselben zur Genüge hervor:

Ulpianus libro LXXVI ad Edictum: Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. l. 17. § 1. D. 41, 2.

der Person nämlich, mit dem sie die Sache hat, kann nach Gans blos ihr besonderer, oder auch allgemein anerkannter Wille sein: sie kann die Sache haben, weil sie die Sache haben will, oder sie kann sie mit allgemeiner Anerkennung haben wollen. Findet dieses Haben nur nach der Seite des besonderen Willens statt, so ist dieses ein blos anfangendes, unmittelbares Eigenthum oder Besitz, ist dagegen die Allgemeinheit, das heißt die Berechtigung dieses Besitzes vorhanden, so wird es wirkliches Eigenthum[44]). Man könnte nun meinen, daß hiermit der Gegensatz von faktischer und rechtlicher Beziehung des Willens zur Sache wiedergegeben wäre, so daß das Verhältniß von Besitz und Eigenthum das von Faktum zum Recht wäre[45]). Dies ist aber keineswegs Gans Ansicht. Der Wille der Person ist ihm an sich schon, wo er sich in Sachen realisirt, das Recht[46]), und unterscheidet sich vom anerkannten Willen nur relativ, indem er im letzteren Falle ein „höheres, dichteres, befestigteres" Recht ist[47]). Die Störung der Beziehung des besonderen Willens zur

---

Idem libro LXXII ad Edictum: Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuerit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto. l. 13. pr. D. 41, 2.

44) Gans, Grundlage. S. 19.

45) Dies ist die Auffassung der Gansschen Theorie bei Savigny. S. 47.

46) Gans, Grundlage. S. 19, 53, 54 und 57.

47) Gans, Grundlage. S. 55.

Sache ist daher immer eine materielle Rechtsverletzung und nur dem anerkannten Willen, als dem höheren Recht, hat er zu weichen[48]). Diese mit großer Consequenz durchgeführte Ansicht kann nur in der Anlage, nicht aber im Einzelnen[49]) mit Erfolg angegriffen werden. Das Fehlerhafte in der Anlage der Gans'schen Theorie scheint uns aber darin zu liegen, daß dem Einzelwillen, als der natürlichen Voraussetzung des allgemeinen Willens, das vindicirt wird, was nur dem letzteren zukommen kann. Nur der allgemeine Wille ist das Recht; der Einzelwille dagegen ist die natürliche Voraussetzung desselben, dem, vermöge der ihm immanenten Freiheit, wohl die Möglichkeit zukommt sich in Uebereinstimmung oder in Gegensatz zum allgemeinen Willen zu setzen, der aber an sich in Beziehung auf Recht oder Unrecht etwas Indifferentes ist. Nur in seinem Verhalten zum allgemeinen Willen kommt ihm das Prädicat eines rechtlichen oder unrechtlichen zu. Als abstrakte Fähigkeit sich zu bestimmen, kann daher der Einzelwille an sich den durch ihn vermittelten äußeren Ver-

---

48) Wenn gleich der Besitz die Eigenthümlichkeit hat, daß er häufig im Conflikte mit dem Eigenthume weichen muß, so ist die Relativität der rechtlichen Bedeutung des Besitzes dennoch keine absolute Eigenschaft desselben, wie schon daraus hervorgeht, daß z. B. in den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes der Besitzer sich gerade gegen den Eigenthümer durch Interdikte mit Erfolg vertheidigen kann.

49) Puchta's höchst animose, sachlich aber wenig eingehende Kritik (Rhein. Mus. Bd. 3. S. 294 fg.) greift hauptsächlich nur die Bezeichnung „anfangendes Eigenthum" an, der er übrigens einen anderen Sinn beilegt, als sie bei Gans hat. Treffend ist die Kritik bei Stahl. l. c.

hältniſſen, mit denen es das Privatrecht zu thun hat, weder das Gepräge eines Rechtes, noch eines Unrechtes aufdrücken, ſondern die Frage über die rechtliche Bedeutung derſelben wird von dem übereinſtimmenden Verhalten des Einzelwillens zu den vom allgemeinen Willen hinſichtlich ſolcher Verhältniſſe feſtgeſtellten Normen abhängig ſein. Iſt daher ein Rechtsverhältniß begründet, ſo iſt es abſolut Recht und es kann durch kein „höheres, dichteres, befeſtigteres Recht" zum Unrecht werden. Wollte man aber die rechtliche Bedeutung eines Verhältniſſes nicht nach ſeiner äußeren Uebereinſtimmung mit den geſetzlichen Vorſchriften bemeſſen, ſondern aus dem ſubjektiven Verhalten des Einzelwillens zum allgemeinen Willen, ſo könnte von einem Interdiktenſchutz beim Diebe niemals die Rede ſein, weil er zum allgemeinen Willen im Verhältniß des Widerſpruchs ſteht, dagegen aber müßte jeder Beſitzer in gutem Glauben, ferner jeder, der einen nach der gewöhnlichen Annahme vom Eigenthümer übertragenen Beſitz hat (in den Fällen des ſ. g. abgeleiteten Beſitzes), da er ſubjektiv vollkommen in Uebereinſtimmung mit dem allgemeinen Willen ſteht, als Eigenthümer anerkannt werden. Dieſer Conſequenz kann man ſich nur entziehen, indem man die Anerkennung nicht blos auf das ſubjective Verhalten des Einzelwillens zum allgemeinen Willen, ſondern ebenſoſehr auf das Verhältniß der äußeren Bedingungen ſeines Daſeins zu den Normen des allgemeinen Willens bezieht. Hierdurch hört aber der Wille auf die alleinige Grundlage des Beſitzes zu ſein und es kann daher die Natur des letzteren keineswegs blos durch den

Gegensatz von besonderem und anerkanntem Willen bestimmt werden. Ueberhaupt wird aber bei der Ansicht von Gans der Unterschied von Besitz und Eigenthum fast ganz verwischt, denn wäre im Besitz der besondere Wille an sich schon das, was er im Eigenthume durch Anerkennung wird, nämlich Recht an einer Sache, so müßten dem Besitze an sich, seiner Anlage nach, also abgesehen von den Fällen, wo er in Contakt mit anderen, höheren Rechten kommt, dieselben Eigenschaften zustehen, wie dem Eigenthum [50]), sein Fortbestand müßte als Recht von den faktischen Bedingungen unabhängig, er müßte übertragbar sein ꝛc.; die Schutzmittel müßten zu den dinglichen Rechtsmitteln gehören, wie die Eigenthumsklage, — was Alles bei dem Besitze nicht stattfindet.

Der von Gans gemachte Versuch seine Ansicht als mit den Quellen des römischen Rechtes übereinstimmend darzustellen [51]), muß umsomehr als verfehlt erscheinen, als er einseitig nur diejenigen Stellen berücksichtigt, welche die rechtliche Seite des Besitzes hervorheben.

Puchta [52]) stellt in dem Rechte an der eigenen Person eine besondere Classe von Rechten auf, welche durch die rechtliche Anerkennung des sich auf sich bezie-

---

50) Diese Vorstellung liegt dem Ausdrucke „anfangendes Eigenthum" bei Gans zu Grunde.

51) Gans, Grundlage. S. 58 fg.

52) Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz? Rhein. Museum. Bd. 3. 1829. S. 289—308.

henden Willens entstehen soll. Das Recht des Besitzes nun, welches nach ihm ebenfalls den eigenen Willen der Person zum Gegenstande hat, leitet er aus diesem Rechte in folgender Weise ab: kommt die rechtliche Anerkennung 1) dem rein und ohne Zusatz sich auf sich beziehenden Willen zu, so heißt das Recht an der eigenen Person: Recht der Persönlichkeit, — kommt dagegen die rechtliche Anerkennung 2) gleichfalls dem sich auf sich beziehenden Willen zu und zwar abgesehen von der rechtlichen Verwirklichung in äußeren Gegenständen, aber doch mit Hinsicht auf eine natürliche Unterwerfung derselben, namentlich von Sachen, so heißt das Recht an der eigenen Person: Recht des Besitzes. Die übrigen Privatrechte haben freilich ebenfalls die rechtliche Anerkennung des sich auf sich beziehenden Willens, oder das Recht an der eigenen Person zur absoluten Voraussetzung, in ihnen findet aber außerdem eine vom allgemeinen Willen anerkannte, also rechtliche Beziehung des Willens auf einen Gegenstand außer sich statt und diese wird daher unmittelbar durch die Rechtsmittel geschützt, während beim Besitze außer der rechtlichen Beziehung des Willens auf sich nur noch die faktische auf einen Gegenstand stattfindet, so daß der Rechtsschutz unmittelbar der Person und nur mittelbar dem faktischen Verhältnisse des Besitzes zukommt.

Abgesehen von der Frage, ob die Aufstellung einer besonderen Classe von Rechten an der eigenen Person überhaupt zulässig ist, deren Beantwortung außerhalb unseres Zweckes liegt, können wir auch dieser Begründung

des Besitzrechtes nicht beistimmen, obgleich in derselben die Selbstständigkeit der faktischen Seite des Besitzes neben der rechtlichen gewahrt erscheint. Nach Puchta's Ansicht besteht das unterscheidende Moment des Besitzrechtes vom Rechte der Persönlichkeit sowohl, als von den übrigen Rechtsverhältnissen darin, daß dem sich auf sich beziehenden Willen, mit Rücksicht auf eine natürliche Unterwerfung der Sachen, die rechtliche Anerkenung zukomme. Diese Rücksicht auf die natürliche Unterwerfung der Sache kann nun für die Begriffsbestimmung des Besitzrechtes eine doppelte Bedeutung haben und zwar zunächst die, daß das natürliche Gewaltverhältniß über die Sache weiter kein unmittelbares Element des Besitzrechtes selbst bildet, sondern in einer nur äußerlichen Relation zu ihm steht. Hier würde also die rechtliche Anerkennung nur dem sich auf sich beziehenden Willen zu Gute kommen und sich nicht zugleich auf den faktischen Bestandtheil erstrecken. In diesem Falle fiele aber das Recht des Besitzes zusammen mit der allgemeinen Rechtsfähigkeit der Person, bezogen auf eine natürliche Unterwerfung der Sache, oder mit anderen Worten, mit dem Begriff der rechtlichen Fähigkeit zu besitzen, ohne daß ein Grund gegeben wäre diese Fähigkeit anders, als durch die allgemeinen der Persönlichkeit zustehenden Rechtsmittel, also namentlich die actio injuriarum, zu schützen. Sodann kann ferner das Verhältniß so gedacht werden, daß die faktische Beziehung zur Sache zugleich ein unmittelbares Element des Besitzrechtes bildet, so daß die rechtliche Aner-

kennung ſich auch auf den faktiſchen Beſtandtheil erſtreckt, indem man den Interdiktenſchutz z. B. von gewiſſen rechtlich vorgeſehenen Bedingungen hinſichtlich der faktiſchen Beziehung zur Sache abhängig macht. In der That würde dadurch aber der faktiſche Beſtandtheil als ſolcher aufgehoben und das Recht des Beſitzes zu einem Recht an der Sache, gleich dem Eigenthum, umgewandelt.

Was ferner die Theorie von Bruns betrifft, ſo enthält ſie weſentlich den Verſuch einer Vermittelung der Anſichten von Savigny und Gans. Als die allgemeine Grundlage des Beſitzes betrachtet er nach dem Vorgange von Gans den Willen. Alles Recht beſteht in der Herrſchaft, der Macht des individuellen Willens in der äußeren Welt. Dieſer Wille iſt Beſitz, wenn er zur That und zum thatſächlichen Verhältniſſe wird, Recht, wenn er mit dem allgemeinen Willen in Einklang iſt und daher allgemeine d. h. rechtliche Geltung hat[53]). Es wird hier alſo der Unterſchied des beſonderen (individuellen) von dem allgemein anerkannten Willen als identiſch mit dem Unterſchiede von Beſitz und Recht wiederholt. Der individuelle Wille iſt aber nach Bruns nicht ſchon an ſich das Recht, ſondern er wird zu einem rechtlichen, ſobald er mit dem allgemeinen Willen in Einklang ſteht, daher iſt der Beſitz, als Ausfluß des blos individuellen Willens, ein rein thatſächliches Verhältniß. Die rechtliche Bedeutung, den die

53) Bruns, S. 486.

Römer dem Besitze beilegen, beschränkt Bruns aber nicht, wie dieses von Seiten Savigny's geschieht, auf die Wirkungen des Besitzes, sondern bringt sie unmittelbar mit dem Besitze selbst auf folgende Weise in Verbindung: der Besitz sei eine res oder causa facti, weil er in seinem Dasein lediglich von faktischen, nicht von rechtlichen Voraussetzungen abhängig sei. Jedoch hätten die Römer dieser Thatsache eine ganz besondere rechtliche Bedeutung beigelegt und sogar von einem jus possessionis gesprochen. Dieser Ausdruck bezeichne aber nur im Allgemeinen das Recht, was der Besitzer als solcher habe, ohne den Besitz selbst ein Recht zu nennen[54]). Diese Argumentation erscheint aber in mehrfacher Beziehung unbefriedigend. Der Besitzer soll als solcher, nicht also anderswoher, ein Recht haben, wie etwa der Eigenthümer als solcher auch ein Recht hat. Woher soll nun aber dieses Recht, das der Besitzer hat, allgemeiner sein, als das des Eigenthümers und warum

---

54) Bruns, S. 17 fg. In der viel besprochenen Stelle des Paulus: qualiscunque possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet (l. 2. D. uti poss. 43, 17) soll nach Bruns blos der Gedanke ausgedrückt werden, daß der Besitz eine Thatsache sei, jedoch eine solche, die den, der sie für sich hat, rechtlich besser stelle, als den, dem sie fehle. Es wird nun freilich in dieser Stelle nicht gesagt, daß der Besitz absolut ein Recht sei, wohl aber, daß der Besitzer als solcher (hoc ipso), also durch den bloßen Besitz, ein Recht habe, welches nothwendiger Weise ein im Besitze enthaltenes Recht sein muß. Demnach muß dem Besitze, wenigstens in dieser Beziehung, die Bedeutung eines Rechtes zukommen.

ſoll das Recht, das der Beſitzer hat, nicht ebenſo ein Recht ſein, wie das, welches dem Eigenthümer zuerkannt wird? Eine Conſequenz dieſer rechtlichen Bedeutung der Thatſache des Beſitzes ſoll übrigens für die Römer ſein, daß die ganz allgemeinen Grundſätze für alles Recht auch auf das aus dem Beſitze hervorgehende Recht und inſofern auch auf den Beſitz ſelbſt angewendet werden müßten; ſo namentlich, daß Subjekte, die überhaupt kein Recht haben können, wie Sclaven, auch das Beſitzrecht und in ſo fern auch keinen eigentlichen rechtlich wirkſamen Beſitz haben könnten, — ferner daß res extra commercium nicht Gegenſtand des Beſitzrechtes ſein können. Inſofern ſagten ſie denn, daß der Beſitz non tantum corporis, sed et juris ſei d. h. alſo, daß ſein Daſein nicht nur von faktiſchen, ſondern auch von rechtlichen Vorausſetzungen abhänge[55]). Damit iſt aber der Grund, weshalb der Beſitz für ein faktiſches Verhältniß erklärt wurde, wieder aufgehoben, demnach alſo kein Grund vorhanden, den Beſitz als bloße Thatſache, als res oder causa facti gelten zu laſſen.

Den Interdiktenſchutz leitet Bruns aus dem Recht des Willens auf Freiheit ab. Der Wille ſei an ſich, ſeinem Weſen nach, abſolut frei, gerade die Anerkennung und Durchführung dieſer Freiheit bilde das geſammte Rechtsſyſtem. Zwang und Gewalt gegen ihn ſeien alſo ſchon im Allgemeinen, ohne Rückſicht auf ſeine beſondere

55) Bruns, S. 19.

Gesetzmäßigkeit ein Unrecht, gegen welches er geschützt werden müsse. Der Schutz des Besitzes beruhe somit darauf, daß der Wille nicht nur wenn er Recht sei, sondern auch in seinem rein faktischen Dasein, des allgemeinen Rechts des Willens wegen, gegen Zwang und Gewalt geschützt werden müsse[56]). Daß nun der Wille an sich, seinem Begriffe nach, frei sei, ist gewiß, aber ebenso läßt sich nicht bezweifeln, daß der Wille sich in seiner äußeren Verwirklichung nicht immer seinem Wesen entsprechend verhält, sondern sich ebensosehr seiner wahren Freiheit begeben kann. Das absolute Recht auf Anerkennung kommt daher dem Willen an sich, d. h. der Persönlichkeit, und seinem äußeren Dasein zu, soweit dieses mit den Normen des allgemeinen Willens in Uebereinstimmung steht, also den durch den Willen begründeten Rechtsverhältnissen, keineswegs aber allen und jeden faktischen Beziehungen des Willens. So wenig nun ein absolutes Recht auf Anerkennung solcher Beziehungen und somit auch eine absolute Pflicht dafür besteht, so wenig sind Zwang und Gewalt gegen diese ausgeübt an sich unrecht. — Die nächste Consequenz der Bruns'schen Theorie wäre jedenfalls, daß der Besitz, da er ein auf dem Recht des individuellen Willens begründetes Verhältniß sein soll, als Rechtsverhältniß, wenn gleich dem höheren Recht des allgemeinen Willens gegenüber als ein beschränktes oder relatives Recht anerkannt

56) Bruns, S. 490 fg.

werden und dem individuellen Willen, nicht blos als Besitz, sondern überall, wo er sich faktisch äußert, um seines Rechts auf Freiheit willen, ein rechtlicher Schutz angedeihen müßte.

Wir schließen hiermit die Uebersicht derjenigen Theorien, nach welchen eins der Elemente des Besitzes, animus oder corpus, als bestimmende Grundlage des letzteren sowohl hinsichtlich seiner natürlichen Entstehung, als für seine Bedeutung im Rechte gelten soll und wenden uns nunmehr zu der von Kierulff[57]) vertheidigten Ansicht, die sich in ihrer Anlage von den bisher betrachteten Theorien wesentlich dadurch unterscheidet, daß dieser Schriftsteller in Beziehung auf die Entstehung des Besitzes nicht einseitig von einem der Elemente desselben, als dem bestimmenden Faktor, sondern vielmehr von beiden zugleich ausgeht[58]), daher er auch nicht, wie Gans, von der Grundlage, sondern von den Grundlagen des Besitzes handelt. Als solche Grundlagen bezeichnet er nun einerseits das beschränkte, momentane körperliche Verhalten zur Sache, die Detention, für deren Begriff es gleichgültig sei, ob die dazu erforderliche Thätigkeit bewußt oder unbewußt vorgenommen werde und andererseits den auf das Haben und Beherrschen der Sache gerichteten Willen für sich genommen, den animus rem sibi habendi, welcher noch nicht durch solche Handlungen ausgeführt ist, die seinem Inhalte entsprechen, oder mit anderen Worten

57) Theorie des gemeinen Civilrechts. Altona 1839. S. 339 fg.

58) Dies thut auch Böcking, Pand. § 123.

einerseits das Können ohne ein entsprechendes Wollen und andererseits ein Wollen ohne ein entsprechendes Können [59]). — Diese Grundlagen sind aber Nichts als Verstandesabstraktionen aus dem Begriffe des Besitzes, die außerhalb desselben keine selbstständige Bedeutung haben, daher vielmehr durch den Besitz begründet werden, als ihn begründen. Der wirkliche Besitz nun ist nach Kierulff die Einheit des Wollens und Könnens, das Zusammentreffen dieser beiden Momente in demselben Subjecte d. h. daß der, welcher durch ein entsprechendes äußeres Thun einmal Herr einer Sache geworden ist, eben deshalb unmittelbar auf sie einwirken kann, also die willkürliche Möglichkeit der Reproduktion des unmittelbaren Verhältnisses zur Sache hat, ohne daß es erforderlich ist, daß er es wirklich thut oder thun will [60]). Wenn nun gleich der Besitz in diesem Sinne dem Begriffe der Herrschaft mehr entspricht als die jedem Nichtbesitzer zustehende Möglichkeit auf die Sache einzuwirken, so ist der Besitz in dieser Auffassung, da er nur auf der natürlichen Macht des individuellen Willens beruht, doch keineswegs reel über die Beschränktheit und Zufälligkeit der Detention erhaben; die Bedeutung einer rechtlich wirkenden Macht, welche ihm im römischen Rechte beigelegt ist, hat er dadurch noch nicht gewonnen. In der Durchführung seiner Ansicht jedoch sucht Kierulff die rechtliche Bedeutung

59) Kierulff, S. 339 und 340.

60) Kierulff, S. 341.

des Besitzes in folgender Weise auf die Macht des individuellen Willens zu beschränken: wenn das faktische Haben, das unmittelbare natürliche Besitzen der Sache, für den Bestand des wirklichen Besitzes gleichgültig ist, so folgt, daß der wesentliche Charakter, das unentbehrliche Merkmal dieses Besitzes der Wille ist, durch welchen allein der Begriff erhalten wird (solo animo retinetur possessio). So wie man bei einem Recht das Recht selbst (den juristischen Charakter) und den Inhalt desselben unterscheiden kann und der Begriff und das Bestehen des Rechts nicht von der wirklichen Ausübung dieses Inhalts abhängig ist, so kann man auch beim Besitz den Begriff selbst (seinen juristischen Charakter) von seinem faktischen Inhalte unterscheiden, welcher nichts anderes ist, als jenes natürliche Besitzen und körperliche Detiniren. Dieser von der unmittelbaren Thatsache des Innehabens, als seinem Inhalt und seiner Ausübung unterschiedene und unabhängige Besitz ist es allein, welcher juristisch in Betracht kommt und juristischer Bestimmungen fähig ist[61]). Es ist dies der vorzugsweise sogenannte Besitz oder juristische Besitz, der, insofern er einerseits dem Rechte und andererseits dem bloßen Faktum, der Detention, gegenübersteht, ein selbstständiger juristisch bestimmbarer und bestimmter Begriff ist. Dieser Besitz ist subjektiv natürlich wirklicher Wille d. h. der durch die That realisirte

61) Woher aber der individuelle, auf die Detention gerichtete Wille überhaupt juristisch in Betracht komme, ist freilich nicht nachgewiesen.

Wille, welcher nur für sich auf sich selbst bezogen ist und weder Recht noch Unrecht genannt werden darf, sondern als wirkliches Nichtrecht neben jenen beiden Begriffen einen selbstständigen dritten Begriff ausmacht[62]). — Offenbar giebt Kierulff bei der Bestimmung der juristischen Bedeutung des Besitzes die von ihm für die Entstehung desselben vertheidigte Einheit seiner Voraussetzungen wieder auf, indem er die beiden Elemente, animus und corpus, trennt, sodann die Detention als das unwesentliche, den auf dieselbe gerichteten Willen aber als das wesentliche, charakteristische Element hervorhebt und endlich die dem Willen an sich zukommende Indifferenz in Beziehung auf Recht und Unrecht dem Besitze im Ganzen, d. h. der Einheit des Willens und der Detention als seinen juristischen Charakter beilegt. Dieser juristische Besitz aber, welcher ebensowohl dem Recht, als der bloßen Detention entgegengesetzt sein soll, weist mit Nothwendigkeit, da die ihm im Vergleich zur Detention zukommende höhere Macht und Bedeutung nicht aus dem subjektiven, auf sich bezogenen Willen abgeleitet werden kann, noch auf einen anderen Grund hin, der geignet ist diese seine höhere rechtliche Bedeutung, in welcher er mit besonderen Schutzmitteln versehen ist, zu rechtfertigen. Zwar leitet Kierulff die Interdikte nicht unmittelbar aus dem Besitze ab, denn dazu, daß ein durch possessorische Interdikte geltend zu machendes Forderungsrecht entstehe, gehöre ein

62) Kierulff, S. 343 fg.

vermittelndes Faktum, ein besonderer Erwerbsgrund und dieser sei ein Delikt. Es gäbe nämlich einen Fundamentalsatz d. h. einen juristisch aus einer höheren Regel nicht abzuleitenden Satz, nach welchem Gewalt ein Delikt sei [63]). Allein von allen Klagen, die zum Schutze bestimmter Rechte gegeben sind, gilt dasselbe, daß sie nämlich erst durch ein vermittelndes Faktum erworben werden und die Annahme, daß die Gewalt absolut ein Delikt sei, ist durchaus willkührlich [64]). —

Aus der Beprüfung der dargestellten Theorien über den Besitz stellt sich das Resultat heraus, daß es ein vergebliches Bemühen ist, die natürliche Entstehung des Besitzes vorwiegend auf eins der Elemente desselben zu gründen und aus diesem sodann seine rechtliche Bedeutung zu bestimmen. Vielmehr müssen die Bedingungen für die natürliche Entstehung des Besitzes durchaus von den Bedingungen für seine rechtliche Bedeutung gesondert werden. Was aber die Bedingungen oder Grundlagen des Besitzes überhaupt betrifft, so kann es keineswegs genügen, — wenn nämlich die wissenschaftliche Thätigkeit

---

63) Kierulff, S. 351.

64) „Das Princip — Eigenmacht und Selbsthülfe seien an sich schon etwas Widerrechtliches ist ein modernes Princip, dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrechte freien Spielraum geben dürfen." Puchta, Vorlesungen. Bd. 1. S. 165. Um den Ausdruck „Unrecht" in Beziehung auf die Besitzstörungen zu vermeiden, nennt Böcking (Pandekten, S. 453) dieselben Unfüglichkeiten, — als ob solche, wenn sie nicht Rechtsverletzungen enthalten, im Privatrechte in Betracht kommen könnten.

nicht blos darauf gerichtet ist ein Rechtsinstitut in seiner historischen Ausbildung, als etwas positiv gegebenes kennen zu lernen, sondern dasselbe in seiner Nothwendigkeit zu begreifen, — das betreffende Rechtsinstitut aus und durch sich selbst zu erklären und zu diesem Behufe in seine unmittelbaren Bildungselemente zu zerlegen, sondern man muß vielmehr im Systeme des Rechts auf die selbstständigen Voraussetzungen oder Bedingungen des Institutes zurückgehen, durch deren Zusammenwirken es in seiner Eigenthümlichkeit mit Nothwendigkeit begründet wird. Da nun jedes Rechtsinstitut sowohl aus faktischen, als rechtlichen Bedingungen, — einer naturalis und civilis ratio [65]) — hervorgeht, so werden wir in Beziehung auf den Besitz von beiden, sowohl von seinen natürlichen oder faktischen, als rechtlichen Voraussetzungen ausgehen müssen, um demnächst die Formel zu finden, in welche sich das Verhältniß des Faktischen zum Rechtlichen im Besitz bringen läßt.

A. Die natürliche Grundlage des Besitzes.

Das Privatrecht hat überhaupt zu seiner natürlichen Grundlage Herrschaftsverhältnisse, welche durch die Beziehung des individuellen Willens auf einen Gegenstand

---

65) Auf die Nothwendigkeit bei der dogmatischen Analyse römischer Rechtsinstitute in diesen beiden Beziehungen genauer als bisher geschehen zu unterscheiden, weist hin: Leist, über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute. Jena 1854.

vermittelt werden. Die Entwickelung des Begriffs dieser Herrschaftsverhältnisse aus der Unmittelbarkeit zu den ihm immanenten Bestimmtheiten wird uns den Begriff der natürlichen Grundlage des Besitzes, wie sie in den Quellen des römischen Rechtes ihre Anerkennung findet, ergeben. An sich ist die objective Möglichkeit der Beziehung des Menschen zur Außenwelt durch die allgemeine, mehr oder weniger unmittelbare Relation gegeben, in welcher alle Naturgegenstände und somit auch der Mensch vermöge seines körperlichen Seins sich gegenseitig befinden. Damit aber aus der Indifferenz dieser allgemeinen Beziehung sich die Möglichkeit eines bestimmten Verhältnisses ergebe, bedarf es Allem zuvor sowohl subjektiv im Menschen, als objektiv am Gegenstande einer bestimmten Begrenzung in der Beziehung. Objektiv nun ist die Möglichkeit einer Begrenzung gegeben durch das Moment der natürlichen Selbstständigkeit der Gegenstände gegen einander, subjektiv im Menschen durch das Bewußtsein (scientia), indem der Mensch durch dasselbe die Möglichkeit hat, sich zu einer bestimmten Beziehung zu entschließen. Daher sind Gegenstände, denen die natürliche Begrenzung fehlt, wie z. B. die allgemeinen Naturmächte, ideelle Gegenstände und unbestimmte Theile eines Ganzen u. s. w. an sich der natürlichen Herrschaft des Menschen entzogen:

Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aër, aqua profluens et mare et per hoc litora maris. § 1. Inst. de rer. div. 2, 1.

Ebenso kann eine solche Herrschaft durch Subjekte, denen das bestimmte Bewußtsein fehlt, wie z. B. durch Wahnsinnige, Schlafende, Kinder u. s. w. (cf. l. 1 § 3. D. 41, 2) nicht vermittelt werden, vielmehr können diese nur in einen äußerlichen Contakt mit Gegenständen gerathen (licet maxime corpore suo rem contingant). Aus dem Verhältnisse der bestimmten und bewußten Beziehung des Subjekts auf das Objekt vermittelt sich nun der Begriff der Herrschaft durch das Hinzutreten des Momentes der Ausschließlichkeit. Dieses Moment ist aber durch den im Bewußtsein der Möglichkeit nach (potentia) vorhandenen Willen insofern bereits gegeben, als dieser eine Macht ist, welche die willenlose Körperwelt zu seinen Zwecken ausschließlich zu bestimmen vermag. Es bedarf hier eben nur noch der äußeren Bethätigung des Willens der Sache gegenüber durch die Handlung, wobei die Behufs seiner äußeren Verwirklichung getroffene Veranstaltung, sobald sie nur ihrem Zwecke entspricht, an sich gleichgültig ist. Die Ausschließlichkeit, die der individuelle Wille als natürliche Potenz den durch ihn begründeten Machtverhältnissen beilegen kann, ist aber ebenfalls nur eine natürliche, relative, sie dauert nur fort, so lange die Energie der Willensbeziehung Stand hält und ein anderer Wille, der ein gleiches Machtverhältniß zu derselben Sache ermöglichen kann, ihr nicht hindernd und störend entgegentritt. Ebenso wenig vermag die natürliche Herrschaft über eine Sache etwa hinsichtlich derselben bestehende rechtliche Verhältnisse, wie namentlich Ei-

genthum aufzuheben, daher der Eigenthümer die natürliche Herrschaft über eine Sache unbeschadet seines Rechts auf einen Andern übertragen kann. — Diese natürliche Herrschaft, welcher der Mensch vermöge der Spontaneität seines Willens entzogen ist und die daher nur an der körperlichen Sache unmittelbar verwirklicht werden kann, nennen wir Detention oder Innehabung. Als Bedingungen derselben insofern durch sie die abstrakte Möglichkeit einer Detention begründet wird ergeben sich: 1) ein natürlich willens- und handlungsfähiges Subjekt und 2) ein natürlich begrenztes willenloses Objekt, die körperliche Sache. Dagegen wird der Inhalt der Detention oder ihre Wirklichkeit begründet durch das von dem Subjekt vermöge seines Willens (animus) vermittelte natürlich ausschließliche äußere Gewaltverhältniß (corpus) an dem Objekte. Ihr wesentlicher Charakter besteht demnach in der Einheit eines positiven Momentes, — der unmittelbaren Beziehung des Willens auf einen Gegenstand, und eines negativen, — der Ausschließlichkeit gegen andere Willenssubjekte. Vom Besitze aber und den dinglichen Rechtsverhältnissen, die den gleichen Charakter haben, unterscheidet sie sich dadurch, daß sie in beiden Beziehungen als ein natürliches oder faktisches Verhältniß erscheint und daher keines rechtlichen Schutzes fähig ist. Für die Detention gebrauchen die Quellen des römischen Rechtes, insofern der Begriff derselben ein in sich selbst bestimmter ist, also abgesehen von ihrem Verhältniß

zum Besitze, den Ausdruck tenere oder detinere, z. B. in der Aquiliana stipulatio:

„quodve tu meum habes, tenes, possides". l. 18 § 1. D. de acceptil. 46, 4.

Im Vergleich mit dem Besitze und zugleich im Unterschiede von demselben bedienen sie sich des Ausdruckes in possessione esse:

Ulpianus libro LXIX ad Edictum: Aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse; denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa. l. 10 § 1. D. 41, 2.

Namentlich aber bezeichnen die Quellen die Detention, insofern sie entweder die natürliche (faktische) Grundlage des Besitzes bildet und sich im Besitze als in demselben aufgehobenes Moment wiederfindet, oder aber aus Rechtsgründen nicht zum Besitze erhoben, sondern demselben gegenüber in der Selbstständigkeit eines natürlichen Verhältnisses verharrt, als naturalis oder corporalis possessio:

Paulus libro LIV ad Edictum: Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere possessionem ajunt, si non antecedat naturalis possessio. l. 3. § 3. D. 41, 2.

Idem. Nerva filius res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: i. e. quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus. l. 3. § 13. D. 41, 2.

Pomponius libro XXIII ad Quintum Mucium. Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero usque eo possideamus, — donec revertentes nos aliquis repellat. l. 25. § 2. D. 41, 2.

Ulpianus libro XLIX ad Sabinum: Haec quoque stipulatio: ***possidere mihi licere spondes?*** utilis est. Quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere videamus. Sed quamvis civili jure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est: et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. l. 38. § 7. D. de V. O. 45, 1.

und ſagen endlich vom Detentor im Unterſchiede vom Beſitzer: non possidet.

Ulpianus libro XVI ad Edictum: Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. — Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique ait: ab eo, apud quem deposita sit vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non caveatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent re-

stituendi facultatem, peti posse. l. 9. D. de R. V. 6, 1.

Wenn Bruns in Beziehung auf die Detention behauptet: allgemein gehe die Antwort auf die Frage, was Detention sei, in der Theorie, wie in den Gesetzbüchern dahin, sie sei das rein physische, körperliche, von allem Willen abstrahirte Gewaltverhältniß einer Person über eine Sache, also die rein physische, faktische Möglichkeit ausschließlich über eine Sache zu verfügen d. h. selbst beliebig auf sie einzuwirken und fremde Einwirkung auszuschließen[66], — und diese Auffassung zugleich als die des römischen Rechtes bezeichnet[67], so können wir dieser Behauptung keineswegs in solcher Ausdehnung beistimmen, denn es hat in der Wissenschaft stets Vertreter der Ansicht gegeben, daß die Detention eine Willensbetheiligung erfordere. So sagt z. B. Placentin:

Possessio appellata est a sedibus; ergo proprie et vere et secundum idioma sermonis duntaxat naturalis possessio appellatur possessio. Haec profecto naturalis possessio in jure nostro non recte dicitur absolute possessio, sed est oppositio in adjecto. Ut enim quis possideat tantum naturaliter, legibus subtiliter inspectis, et ad vivum consideratis, ut reor, esse non potest[68]; und

66) Bruns, S. 466.
67) Bruns, S. 20.
68) Bruns, S. 108.

Donellus: Tenere non est corpore rem contingere, sed ita attingere, ut affectionem tenendi habeas[69]) und endlich Puchta[70]) «ohne Willen, ohne die affectio tenendi, läßt sich ebensowenig der natürliche, als der juristische Besitz denken.» Daß die Quellen des römischen Rechts für die Detention eine natürlich ausschließende Willensthätigkeit verlangen, geht schon daraus hervor, daß sie bei Personen, denen die affectio tenendi abgeht, keineswegs von Detention oder natürlichem Besitz, sondern nur von einem äußeren Contakt mit den Gegenständen sprechen, (cf. l. 1 § 3. D. 41, 2.), — ferner ist es nur unter dieser Voraussetzung wahr, wenn es heißt:

Paulus libro LIV ad Edictum: contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. l. 3. § 5. D. 41, 2.

Denn ein bloß physisches Halten ist in Beziehung auf denselben Gegenstand von Seiten Mehrerer durchaus möglich. Dagegen werden durch die Bethätigung der natürlichen Herrschaft die hinsichtlich der Sache bestehenden rechtlichen Verhältnisse keineswegs aufgehoben:

Celsus libro XXIII Digestorum: Nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam is possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessionis praestat ministerium. l. 18. D. 41, 2.

---

69) Donellus, Commentar. de jur. civ. lib. V. cap. 13, § 4.

70) Ueber den Besitzerwerb eines Kindes. Kleine civilistische Schriften. S. 304. Anm. c.

Schließlich wollen wir noch in Uebereinstimmung mit der von uns entwickelten Ansicht über die Detention eine Erklärung der vielbesprochenen l. 3. § 3. D. 41, 2, versuchen:

Paulus libro LIV ad Edictum: Neratius et Proculus solo animo non posse nos acquirere possessionem ajunt, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. — Quidam putant Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum qui scit possidere (thesaurum), nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.

Hier wird zunächst eine von Neratius und Proculus aufgestellte Regel wiedergegeben, daß nämlich dem Erwerbe des Besitzes die Detention vorhergehen müsse und darauf ein hinsichtlich der Anwendung dieser Regel auf einen speciellen Fall, den Besitzerwerb an einem Schatze, bestehender Streit referirt. Bezieht man nun den in dieser Stelle gebrauchten Ausdruck naturalis possessio, wie gewöhnlich geschieht, auf die physische Innehabung, so ist einmal die an die Spitze gestellte allgemeine Regel selbst unrichtig, da es Fälle giebt, in denen Besitz ohne vorhergegangene physische Innehabung begründet werden kann[71]). Sodann aber träfe die von Nera-

71) Vrgl. Brinz, Pand. § 27, S. 70.

tius und Proculus aus der allgemeinen Regel abgeleitete Folgerung der Vorwurf der Ungereimtheit, denn weder kann aus dem Verhältnisse des Besitzers zum Grundstück, noch auch aus dem Umstande, daß er vom Schatze Kenntniß erlangt, hinsichtlich des letzteren ein physisches Gewaltverhältniß des Grundbesitzers angenommen werden. Versteht man dagegen unter dem Ausdruck naturalis possessio ein animo und corpore vermitteltes natürliches Gewaltverhältniß, so erhält der in dieser Stelle referirte Streit eine tiefere Bedeutung. Die Frage, die in derselben erörtert wird, besteht nämlich darin: ob Detention schon anzunehmen sei, wenn sowohl subjektiv, als objektiv die nächste Möglichkeit eines natürlicheu Herrschaftsverhältnisses gegeben sei, wie z. B. in dem Falle, wenn dem Besitzer des Grundstückes durch die Beziehung des Bewußtseins auf den Schatz die Möglichkeit einer Willensherrschaft und durch sein Verhältniß zum Grundstück die Möglichkeit einer äußeren Bethätigung seines Willens zusteht, so daß nur noch der besondere animus possidendi hinzukommen müsse, um die Detention zum Besitz zu erheben, — oder ob die Begründung der Detention und folgeweise auch des Besitzes nur anzunehmen sei, sobald der Besitzer des Grundstückes seine Willensherrschaft am Schatze auch äußerlich bethätigt, also denselben gehoben habe[72])? — Dieser Streit beruht somit auf einem ähnlichen Grunde, wie der in § 13 Inst. de rer. div. 2.

72) Vrgl. dagegen die Erklärung dieser Stelle bei Savigny, S. 260 fg.

1, mitgetheilte über die Occupation verwundeter Thiere.

B. Die rechtliche Grundlage des Besitzes.

Als Voraussetzungen der Detention ihrer bloßen Möglichkeit nach haben sich uns ergeben: der Mensch, insofern er willens- und handlungsfähig ist, so wie die körperliche Sache und als Bedingungen ihrer Wirklichkeit oder ihres Inhaltes: animus und corpus. Damit nun die Detention als ein durch den Willen vermitteltes Herrschaftsverhältniß rechtliche Bedeutung gewinnen könne, ist vor Allem erforderlich, daß Subjekt und Objekt desselben zugleich die Möglichkeit an sich haben als Rechts-Subjekt und Objekt zu gelten. Wir haben es daher hier mit den allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen in Beziehung auf Subjekt und Objekt eines Rechts zu thun.

Der Mensch als natürliches Substrat des Willens oder der Fähigkeit sich in sich frei zu bestimmen, ist sobald die Freiheit seines Willens rechtlich anerkannt worden, Person. In der Persönlichkeit läßt sich ein weiterer und engerer Begriff unterscheiden. Der erstere besteht in der Rechtsfähigkeit d. i. der rechtlich anerkannten Möglichkeit, als willensfähig Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein zu können, welche sich wiederum nach den beiden Hauptformen der privatrechtlichen Lebensgestaltung trennt in das commercium oder die Befähigung zu Vermögensrechten und das connubium oder die Befähigung zu Familienrechten. Der engere Begriff dagegen

ist gegeben in der Handlungsfähigkeit oder der rechtlichen Befähigung den Willen in rechtlich wirksamer Weise zu bethätigen, was außer der Willenskraft volles Verständniß der Handlung voraussetzt. Der Wille ist demnach nicht blos der Grund für die Rechtsfähigkeit des Menschen, sondern auch das vom Rechte anerkannte Mittel für die Verwirklichung von Rechten, d. h. den Erwerb und die Ausübung derselben. Daher ist der Wille der Person zwar nicht absolut, aber sofern er auf Verwirklichung des Rechts gerichtet ist ein berechtigter, — die natürliche Fähigkeit ist durch rechtliche Anerkennung zur rechtlichen Befähigung oder zur Befugniß erhoben und die Negation dieser abstrakten Befugniß ein Unrecht, gegen welches die Person durch die injuriarum actio geschützt wird. Das Verhältniß der Personen unter einander ist daher ein rechtliches, in sofern es auf der gegenseitigen Anerkennung ihrer rechtlichen Befähigung, d. h. der abstrakten Möglichkeit Rechtssubjekt zu sein beruht.

Die Sache, welche als willenlos das natürliche Objekt der Willensherrschaft bildet, kann als Rechtsobjekt nur gelten, sofern ihr diese Eigenschaft rechtlich nicht genommen ist, — sie muß sich in commercio befinden können.

Dadurch aber, daß die Sache zum Gegenstande rechtlich geordneter Beziehungen der Personen unter einander erhoben wird, ist zugleich die Möglichkeit dafür gegeben, daß sie nicht blos ihrer Totalität nach, sondern auch partiell, nach einer gewissen Seite hin als Gegen-

stand einer beschränkten rechtlichen Herrschaft gelten kann, durch welche die Rechte Anderer an der Sache, als einer Totalität, nicht sowohl aufgehoben, als vielmehr anerkannt werden. Natürlich besteht die äußere Verwirklichung (das corpus) einer beschränkten Befugniß nur in der Ausübung derselben, nicht aber in einem äußeren Gewaltverhältnisse über die Sache selbst.

C. Der Besitz.

Die Detention ist wie wir gesehen haben das durch den Menschen, als willens- und handlungsfähiges Subjekt an einer körperlichen Sache unmittelbar verwirklichte natürliche Machtverhältniß, das die Momente jedes dinglichen Rechtes, nämlich die Möglichkeit einer positiven Beziehung des Willens auf die Sache (die Möglichkeit der Verfügung über dieselbe) und einer negativen gegen andere Willenssubjekte (die Ausschließlichkeit) unmittelbar, wenn gleich nur in natürlich beschränkter Weise, an sich hat. Ist nun das Subjekt der Detention nicht nur willens- und handlungsfähig, sondern auch als rechts- und vermögensfähig anerkannt, und das Objekt dem Verkehr nicht entzogen, so ändert das an sich Nichts an dem Verhältnisse der Detention. Sobald aber der Wille des Subjekts in diesem Falle darauf gerichtet ist, das Machtverhältniß über die Sache als Ganzes oder nach einer speciellen Beziehung derselben nicht blos in natürlich,

sondern in rechtlich ausschließlicher Weise zu verwirklichen und sich dem entsprechend äußerlich bethätigt hat, die Person also die in jedem dinglichen Rechte enthaltene Möglichkeit der Reproduktion des Herrschaftsverhältnisses als eine Befugniß in Anspruch nimmt — entsteht Besitz.

Paulus libro LIV ad Edictum. Nerva filius res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus. l. 3. § 13. D. 41, 2.

Die bloße Absicht der Person, sowie der Umstand, daß sie sich bei der Verwirklichung des Herrschaftsverhältnisses ein bestimmtes Recht denkt, etwa Eigenthum oder ein sog. jus in re aliena, kann an sich natürlich nicht geeignet sein, der Detention überhaupt eine andere Bedeutung zu geben.

Es fragt sich vielmehr, sind in dem von uns vorausgesetzten Falle thatsächlich Bedingungen dafür vorhanden, die es nothwendig machen, daß das natürliche Machtverhältniß eine rechtliche Bedeutung erlange und wie weit reicht letztere? Es ist aber im Besitze nicht nur in Folge dessen, daß das Subjekt rechts- und vermögensfähig und der Gegenstand ein in cõmmercio befindlicher ist, die abstrakte Möglichkeit eines dinglichen Rechtes gegeben, sondern es ist auch animo et corpore die absolute Grundlage jedes dinglichen Rechtes, nämlich die concrete Möglichkeit einer unmittelbar ausschließlichen

Herrschaft über die Sache in ihrer Totalität, oder nach einer partiellen Beziehung derselben, also des Eigenthums oder eines jus in re aliena thatsächlich verwirklicht[73]. Ist nun auch der Wille der Person darauf gerichtet, in Beziehung auf den Gegenstand der Herrschaft ein rechtlich ausschließliches Verhältniß zur Geltung zu bringen[74] und hat der Wille in dem thatsächlichen Verhältnisse zum Gegenstande eine objektive Grundlage dafür[75],

---

73) Nach der Natur dieses thatsächlichen dem Besitzwillen zur Grundlage dienenden Verhältnisses zerfällt der Besitz selbst in die beiden Grundformen der corporis possessio (des Eigenthumsbesitzes) und der juris oder quasi possessio (des Besitzes der Rechte).

74) Man hat bei der corporis possessio den animus possidendi näher als Eigenthumswillen (animus domini) zu bestimmen gesucht. Um aber diesen Begriff für alle Fälle der corporis possessio, also namentlich auch für den Besitzwillen des Diebes verwenden zu können, war man genöthigt ihn als die Absicht zu erklären, wie ein Eigenthümer besitzen zu wollen. Damit ist aber die Eigenthumsabsicht der That nach verflüchtigt zur Absicht, die Sache ihrer Totalität nach in rechtlich ausschließlicher Weise zu beherrschen.

75) Die Frage, ob in einem gegebenen Falle Detention oder Besitz vorliege, läßt sich nur nach dem Umstande beantworten, ob die Herrschaft in rechtlich oder in natürlich (faktisch) ausschließlicher Weise beansprucht und bethätigt wird. Demnach haben der Pachter und Usufruktuar nur Detention an der körperlichen Sache, weil sie auf Grund des rechtlichen Verhältnisses, in welchem sie zum Eigenthümer stehen, keine rechtlich ausschließliche Herrschaft über die Sache beanspruchen können. Sobald sie aber solches dennoch thun nnd z. B. den Eigenthümer dejiciren, entsteht für sie Besitz (vgl. l. 12. D. de vi. 43, 16). Bisher hat man den Unterschied von Detention und Besitz daraus ableiten wollen, ob man nämlich für sich selbst und in eigenem Namen, wie ein Eigenthümer, oder nur für einen Anderen, als dessen Stellvertreter detiniren wolle. Nun giebt es aber Fälle, in denen unzweifelhaft Besitz anerkannt wird, obgleich die Absicht wie ein Eigenthümer zu detiniren, durchaus nicht vorliegt, wie z. B. beim Faustpfandgläubiger und man ist da-

so ist der Wille nicht blos der Absicht nach, sondern auch objektiv, seiner äußeren Wirklichkeit nach, ein rechtsgestaltender. Als solcher ist aber der Wille vermöge der der Person zustehenden Befugniß Rechte zu verwirklichen ein berechtigter und zwar nicht mehr, wie in der Person, eine abstrakt berechtigte subjektive Fähigkeit, sondern eine ihrem concreten Dasein nach berechtigte, daher rechtlich ausschließliche Macht.

Es fragt sich nun aber ferner, wie weit kann die im Besitze dem Willen an sich zukommende rechtliche Bedeutung solche dem Besitze, als einem Herrschaftsverhältnisse, mittheilen? Wir müssen für die Beantwortung dieser Frage nach den beiden Beziehungen, die der Besitz als ein Herrschaftsverhältniß in sich vereint, nämlich der positiven und negativen unterscheiden. Was die un-

---

her genöthigt für solche Fälle den animus possidendi als ein eigenthümliches Mittelding zwischen dem animus domini und dem animus des alieno nomine possidens zu erklären und eine eigene Classe von Besitz, den s. g abgeleiteten Besitz, anzunehmen, obgleich die Quellen keinerlei Andeutung dafür enthalten. Ebenso wenig läßt sich aus der Erklärung des Besitzwillens als animus rem sibi habendi für alle Fälle ein bestimmtes Princip der Unterscheidung ableiten. So z. B. detinirt der Faustpfandgläubiger die Sache ebenso für sich und seine Zwecke, wie der Pachter oder Usufruktuar und doch hat nur ersterer und nicht auch letzterer den Besitz. — Ob aber im einzelnen Falle corporis oder quasi possessio vorliege, vermag nur nach der äußerlichen Verwirklichung des Herrschaftsverhältnisses festgestellt zu werden. So z. B. hat der Usufruktuar in Beziehung auf die Nutznießung eine quasi possessio, weil er diese als eine rechtliche Befugniß mit Ausschließung des Eigenthümers thatsächlich ausübt; der Faustpfandgläubiger dagegen hat obgleich er nur ein jus in re beansprucht die corporis possessio, weil er den Eigenthümer von der unmittelbaren Herrschaft über die Sache selbst ausschließt.

mittelbare positive Beziehung des Besitzwillens zur Sache betrifft, so ist dieselbe, da sie vom Besitzer nicht unter den für den Erwerb dinglicher Rechte festgesetzten Bedingungen, sondern nur natürlich: animo et corpore vermittelt worden, unerachtet der rechtlichen Bedeutung des Besitzwillens, eine natürliche, faktische, — Detention, — die nicht die Möglichkeit an sich hat, bereits bestehende rechtliche Verhältnisse an dem Gegenstande aufzuheben. Dagegen ist der Wille der Person, da er sich im Besitz als eine rechtliche Macht verwirklicht hat, in dieser seiner Realität von jeder dritten Person anzuerkennen und zu respektiren. Demnach ist das durch den Besitz vermittelte negative Verhältniß zur dritten Personen ein rechtliches: das Recht aus dem Besitze, jus possessionis [76], dessen willkührliche Verletzung ein Unrecht involvirt. Das Verhältniß der faktischen und rechtlichen Beziehung im Besitze gegen einander gestaltet sich demnach so, daß ersteres die Grundlage des letzteren ist. Nur wenn der Besitz thatsächlich begründet ist, entsteht das jus possessionis und dieses geht verloren, sobald die Möglichkeit der Reproduktion des faktischen Verhältnisses aufhört oder aber der Besitzer das rechtlich negative Verhältniß zu anderen Personen aufgiebt.

---

76) Von dem jus possessionis unterscheiden wir das jus possidendi so, daß dieses in der auf den Besitz bezogenen abstrakten Befugniß Rechte zu begründen besteht, oder m. a. W.: in dem Recht auf Besitz, wie es ebenso ein Recht auf Eigenthum oder auf Begründung von Obligationen ꝛc. giebt.

Pomponius libro XXIII ad Quintum Mucium. Si id, quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere. l. 25 pr. D. 41, 2.

Paulus libro LIV ad Edictum. Itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. l. 3 § 6. D. 41, 2.

Aus der verschiedenen Natur der im Besitze vereinten Beziehungen ergiebt sich mit Nothwendigkeit die zum Theil faktische, zum Theil rechtliche Bedeutung desselben. Aus dem faktischen Verhältnisse des Besitzers zur Sache folgt, daß der Besitz im Widerspruche mit den Gesetzen erworben und Niemand durch Gesetz gewährt werden kann, daß es keine Nachfolge im Besitze giebt, daß er weder von natürlich willens- und handlungsunfähigen Personen, noch auch an ideellen Gegenständen oder unbestimmten Theilen eines Ganzen erworben werden kann[77]). Dagegen erfordert das im Besitze vermittelte rechtliche Verhältniß eine besondere rechtliche Befähigung des Subjektes und Objektes, — dieses wird wie jedes Vermögensrecht von Hauskindern und Sclaven durch Begründung des

77) Vgl. l. 3. § 2 und l. 26. D. 41, 2. Bei universitates rerum distantium werden nur die einzelnen körperlichen Theile, nicht das ideelle Collektivganze besessen. Bei universitates rerum cohaerentium wird das Ganze, nicht die integrirenden Theile besessen, auf welche als Einzelne der Besitzwille sich nicht richten kann. l 23 pr. D. de usurp. 41, 3. Dagegen kann der Besitz an einer beweglichen Sache auch nach ihrer Verbindung mit einem zusammengesetzten Gegenstande noch fortdauern. l. 30 § 1. D. 41. 3. l. 7 § 1. D. ad exhib. 10, 4.

faktiſchen Verhältniſſes für den Gewalthaber erworben:

Paulus libro LIV ad Edictum. Item acquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelliguntur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. l. 1 § 5. D. 41, 2.

Ferner kann das jus possessionis, da es in dem durch den Willen vermittelten negativen Verhältniſſe zu anderen Perſonen beſteht, weder von Pupillen, noch von Wahnſinnigen verloren werden:

Ulpianus libro XXX ad Sabinum. Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere; quod est enim facti potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere, hoc enim non potest. l. 29. D. 41, 2.

Proculus libro V Epistolarum. Si is, qui animo possessionem saltus retinet, furere coepisset, non potuit dum fureret ejus saltus possessionem amitterè, quia furiosus non potest desinere animo possidere. l. 27. D. 41, 2.

Aus der doppelten Natur des Beſitzes erklärt ſich ferner die in demſelben zuläſſige freie Stellvertretung, denn da die Detention die rechtliche Herrſchaft einer

dritten Person an der detinirten Sache nicht ausschließt, so kann die faktische Seite des Besitzes, die Detention, für einen Andern, — alieno nomine, — durch freie Stellvertreter begründet werden, wogegen das jus possessionis, das im Besitze realisirte rechtliche Verhältniß nur durch den Vertretenen selbst, nach dem hinsichtlich des Rechtserwerbes gültigen Grundsatze: per extraneam personam nihil acquiri posse vermittelt zu werden vermag[78]).

Cajus libro XXV ad Edictum provinciale. Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur. l. 9. D. 41, 2.

Grund des Interdiktenschutzes kann selbstverständlich nur das im Besitze realisirte rechtliche Verhältniß des Besitzers zu anderen Personen sein. Da jedoch dieses in der äußern Beziehung zur Sache seine Realität hat und daher nur durch faktische Störungen, sei es nun vi, clam oder precario verletzt werden kann, durch faktische Störungen aber das bestehende rechtlich negative Verhältniß gegenüber dem Störenden nicht aufgehoben und von diesem demnach in Beziehung auf den Gegenstand des Besitzes kein neuer Besitz begründet zu werden vermag, so

78) Daß für Wahnsinnige, Kinder und juristische Personen die Möglichkeit angenommen wurde, durch Stellvertreter direkt den Besitz in beiden Beziehungen zu begründen, ist eine hinsichtlich des Rechtserwerbes vom Rechte „utilitatis causa" gemachte Ausnahme. Vgl. l. 1 § 2., l. 2 und l. 32 § 2. D. 41. 2.

ist es eine nothwendige Folge des dem rechtlich negativen Verhältnisse zu Theil werdenden Schutzes, daß die faktische Beziehung des Besitzers zur Sache vollständig wiederhergestellt werde, falls nicht letzterer ein ihm etwa an der Sache zustehendes älteres Recht nachweisen kann. Durch die Interdikte wird daher unmittelbar nicht, wie es den Anschein hat, die faktische Beziehung des Besitzers zur Sache, sondern das von ihm im Besitze realisirte rechtliche Verhältniß gegenüber dem dasselbe Verletzenden geschützt:

Ulpianus libro LXVII ad Edictum. Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. l. 1 § 3. D. de interd. 43, 1.

Durch die Vereinigung eines rechtlichen und faktischen Verhältnisses im Besitze ist zugleich die Bedingung für eine weitere Entwickelung desselben gegeben. Ist nämlich der Besitz in Eigenthumsabsicht und gemäß den für den Erwerb von Eigenthum bestehenden Bedingungen begründet worden, so ist der Effect, falls der Erwerbakt ein rechtlich vollgültiger ist, Eigenthum. Ist der Erwerbakt zwar nicht an sich, aber in dem gegebenen Falle ein ungültiger, so ist sein Erfolg, nicht Eigenthum, sondern Besitz. Diesen Besitz nun nennen die Römer mit Rücksicht auf den in ihm objektiv enthaltenen rechtlichen Bestandtheil (die causa d. h. den Thatumstand, auf welchem der Eigenthumswille beruht) civilis possessio, im Gegensatze zum Besitze, der ohne eine solche oder durch

eine absolut ungültige causa verwirklicht worden, welcher dann naturalis possessio heißt, so daß der Ausdruck naturalis possessio eine doppelte Bedeutung hat und zwar entweder blos Detention oder aber Besitz, im Gegensatze von Civilbesitz bedeutet [79]). Auf diesen Gegensatz beziehen sich auch die Ausdrücke pro possessore possidere und possidere pro emtore, pro donato etc. Nur der Civilbesitz, der mit bona fides und justus titulus begonnen hat, führt durch das Institut der Usukapion zum Eigenthum [80]).

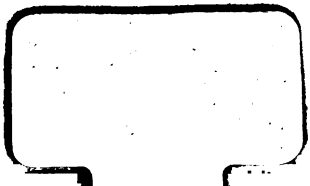
Indem wir zum Schluße auf das Problem, um dessen Lösung es sich handelte, zurückblicken, so hat sich uns die von den römischen Juristen behauptete doppelte, sowohl faktische als rechtliche Bedeutung des Besitzes nunmehr als ein im Wesen desselben mit Nothwendigkeit begründeter Dualismus ergeben. Es ist dies der Gegensatz des durch den Besitz vermittelten faktischen von jedem rechtlichen Erwerbgrunde absehenden Verhältnisses zur Sache, und des durch dieses letztere und in Bezie-

79) Der Civilbesitz fällt mit dem Usukupionsbesitz, welcher noch besondere Bedingungen erheischt, nicht zusammen: Separata est causa possessionis et usucapionis, nam vere dicitur quis emisse, licet mala fide, quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emtore possidet, licet usu non capiat. l. 2 § 1. D. pro emtore 41, 4.

80) Da durch das zwischen dem Schuldner und Faustpfandgläubiger bestehende rechtliche Verhältniß die Eigenthumsabsicht des Ersteren nicht aufgehoben wird, so macht das römische Recht zum Vortheil des Pfandgebers eine Ausnahme von der Regel: sine possessione usucapio contingere non potest und behandelt ihn in Folge einer speciellen Fiktion so, als ob er besäße. l. 16. D. de usuc. 41, 3. Vgl. Savigny, S. 60, Anm. 2.

hung auf daſſelbe verwirklichten rechtlichen Verhältniſſes zu dritten Perſonen, — ein Reſultat, das durch Paulus beſtätigt wird:

Paulus libro LXV ad Edictum. Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto (uti possidetis) nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.

EvKR I
1/24/28

$/_{10} - 42 =$